



Les normes sociales privées : de l'engagement volontaire à la contrainte ?

Patrice Reis

► To cite this version:

Patrice Reis. Les normes sociales privées : de l'engagement volontaire à la contrainte ?. Critique(s) du droit. Hommage au professeur Robert CHARVIN Mélanges en l'honneur de Robert Charvin, Ed PUBLISUD, Paris, p.391- 409, 2011. halshs-00721119

HAL Id: halshs-00721119

<https://shs.hal.science/halshs-00721119>

Submitted on 22 Nov 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les normes sociales privées : De l'engagement volontaire à la contrainte ?

Patrice REIS, Maître de conférences en droit privé, HDR

Faculté de droit de Nice

Centre de recherche en droit économique

CREDECO UMR 6043 GREDEG CNRS/Université de Nice Sophia Antipolis

La notion de développement durable¹ reste encore souvent perçue comme étant relative à la seule protection de l'environnement : elle semble ne concerner *a priori* que la nécessaire conciliation entre l'économie et l'environnement, comme l'illustre, par exemple, les débats relatifs à la prise en compte de l'environnement dans le cadre des règles du commerce international². Ce débat a ainsi justifié la création au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce d'un comité commerce et environnement. Pourtant, la notion de développement durable vise un développement respectant simultanément l'efficacité économique, l'équité sociale et la protection de l'environnement³. Or, le volet social semble être le parent pauvre du développement durable⁴. En effet, il a fallu attendre le sommet mondial du développement social de Copenhague en 1995 pour que soit ajouté expressément à la notion de développement durable un volet social⁵. Cette confusion est encore plus nette lorsqu'il s'agit d'appliquer les principes du développement durable au monde des affaires par le biais du concept de responsabilité sociale des entreprises⁶. Cette notion insiste sur le rôle

¹ G.-H. BRUNDTLAND, *Votre avenir à tous*, éd. Le Fleuve, Montréal, 1988 ; S. DOUMBE-BILLE, *Droit international et développement durable*, in Mélanges A.-C. KISS, FRISON-ROCHE, 1998, p. 249 ; C. EBERHARD, cahiers d'anthropologie du droit : *Droit, gouvernance et développement durable*, Khartala 2005 ; P. F. SMETS, *Gestion responsable, développement durable : Ethiques ou étiquettes pour notre avenir ?* Ed Bruylant 2003.

² Voir P. REIS, Commerce international, clause sociale et développement durable, in « *Le commerce international entre bi et multilatéralisme* » Colloque de la Sorbonne, Paris I 27 au 29/3/2008, *numéro spécial RIDE* à paraître.

³ En cela le développement durable est un développement économiquement rentable, socialement souhaitable et écologiquement acceptable, M. STRONG, organisateur de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm ; Sachs, *Environnement et styles de développement*, Annales, économies, sociétés, civilisations Paris n° 3, mai-juin 1974, p. 553-570.

⁴ B. PETIT, La dimension sociale du développement durable : le parent pauvre du concept, *PA* 16/1/2004, p.8.

⁵ Déclaration de Copenhague sur le développement social et le programme d'action du sommet pour le développement social, *Rapport du sommet mondial pour le développement, Nations Unies, doc. A/CONF. 166/9 du 19/4/1995*.

⁶ Communication de la Commission intitulée "Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi: faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises" COM(2006) 136, *JOCE C* 151 29/6/2006 ; Communication de la commission européenne relative à la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable du 2/7/2002 *COM* 2002, 347 ; Communication qui fait suite au Livre Vert de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, juillet 2001 ; Sur la responsabilité sociale des entreprises A. SOBCZAC, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux USA, *D. soc.* 2002, p. 806 ; F. G. TREBULLE, L'entreprise et l'éthique

social de l'entreprise qui concerne à la fois la prise en compte des considérations environnementales mais aussi de considérations sociales *stricto sensu*⁷. Certains Etats tels que la Belgique utilisent plutôt les termes de responsabilité sociétale des entreprises pour traduire ce concept.

La faiblesse du volet social du développement durable trouve son origine dans une érosion progressive de la dimension sociale, conséquence d'un phagocytage du social par l'économique. Cette évolution fait relever de plus en plus le droit du travail du droit économique⁸ en tant que simple instrument d'organisation du fonctionnement général de l'économie. Le social de valeur non marchande⁹ est intégré par le système économique afin de devenir un élément de valorisation de l'entreprise comme l'atteste les notions d'investissement socialement responsable et les fonds dit « éthiques »¹⁰. La valeur sociale est ainsi utilisée au service de la finalité marchande et non l'inverse¹¹.

La dimension sociale du développement durable peut être définie de deux manières : soit de manière large en visant l'amélioration des conditions de vie de la collectivité soit de manière plus restreinte en se concentrant sur les seules conditions des salariés à l'occasion de l'exécution de leurs prestations de travail. Nous retiendrons, ici, cette seconde définition.

La dimension sociale du développement durable se traduit ainsi par un certain nombre de normes publiques ou privées, nationales ou internationales, relatives à la condition des salariés à l'occasion de l'exécution de leurs prestations de travail.

Les normes sociales sont traditionnellement perçues comme une contrainte étatique voire parfois mais très rarement comme une contrainte interétatique qui fonde les réflexions actuelles sur la nécessaire flexibilité et le refus d'une éventuelle clause sociale dans le cadre

environnementale, *Répertoire sociétés Dalloz mars 2003* ; F.G. TREBULLE, La responsabilité sociale des entreprises, *PA*, n°41, 26/2/2004.

⁷ F.G. TREBULLE, Stakeholders theory et droit des sociétés, *Bull. Joly sociétés*, 1/12/2006, p. 1337.

⁸ G. FARJAT, *Droit Economique*, PUF, 1982 ; L. BOY, *Droit économique*, L'Hermès, 2002 ; G. FARJAT, *Pour un droit économique*, PUF, 2004

⁹ Sur cette notion de valeurs non marchandes voir B. OPETIT, Droit du commerce international et valeurs non marchandes, in *Etudes de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, Ed. Helbing et Lichtenhahn 1993, p. 309.

¹⁰ Les deux notions se recouvrent dans la pratique même si certains auteurs les distinguent, voir sur la distinction voir T. WIEDEMANN-GOIRAN, F. PERIER ET F. LEPINEUX, *Développement durable et gouvernement d'entreprise : un dialogue prometteur*, Éditions d'organisation 2003, spéc. p. 20 ; sur l'absence de réelle distinction voir N. CUZACQ, « Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable » in Mélanges J. DUPICHOT, 2004, p. 129 ; N. CUZACQ, Commentaire du code de transparence de l'AFG destiné aux fonds éthiques, *Gazette du Palais* 5/8/2006, n°217 p.3 ; M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211.

¹¹ En ce sens sur la distinction entre commerce équitable et éthique des affaires voir W. ABDELGAWAD, le commerce équitable et la société civile internationale : une chance pour la mondialisation d'un droit de l'économie solidaire, *RIDE* 2/2003, p.197 et s.

du commerce international¹². Aux cotés de ces sources publiques du droit du travail, sont apparues des règles d'origine privée. Ces règles reposent d'une part sur des instruments relativement anciens et qui constituent des sources privées du droit du travail tels que les conventions et les accords collectifs et d'autre part sur des normes sociales privées. Ces normes sociales privées telles que les chartes éthiques ou les codes de bonne conduite ou encore l'adhésion à un système de normes de management relèvent de la normalisation sociale. La normalisation sociale peut se définir comme étant « un ensemble de procédés ayant pour but un effet de standardisation des situations ou des comportements via leur conformité à une norme sociale de type éthique ainsi accrédité ou tout simplement à une normalité statique »¹³.

En effet, face à un certain nombre d'affaires qui ont mis en lumière le non respect des règles sociales au niveau internationale dans le cadre d'une économie sans cesse mondialisée, les entreprises essentiellement transnationales soucieuses des risques d'atteinte à leur image de marque ou à celle de leurs produits¹⁴ ont mis en place un certain nombre d'instruments destinées à prouver leurs préoccupations sociales. Ces instruments qui relèvent de la responsabilité sociale des entreprises visent dans la pratique à pallier l'insuffisance de la réglementation nationale ou internationale¹⁵ ou plus simplement et plus sûrement à éviter l'intervention d'une autorité publique¹⁶. En même temps, ils visent à convaincre les consommateurs et certains investisseurs sur un marché donné du respect par l'entreprise des droits fondamentaux des salariés. Ces consommateurs et investisseurs semblent ainsi faire

¹² L'insertion d'une telle clause dans le cadre d'accords multilatéraux ou bilatéraux a conduit de nombreux auteurs à s'interroger sur l'existence d'un lien entre le commerce international et le non respect d'un certain nombre de règles sociales voir M.A. MOREAU, « Normes sociales, droit du travail et mondialisation », Dalloz, collection A droit ouvert, 2006 ; G. FARJAT, « Point de vue. Droit social, droit économique, deux étrangers dans la mondialisation ? à propos de Marie-Ange Moreau, normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations, *RIDE*, 2007/1, p. 91 ; L. BOY, Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile, *RIDE* 2003/n°3-4, p. 471, chez les économistes, J. M. SIROEN, A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale, *Revue de l'IRE*, 1998, n°29, p. 165 ; J. BHAGWATI, « The Wind of Hundred Days, MIT Press, Cambridge 2000 » ; J. BHAGWATI et R. HUDEC, « Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade ? » MIT Press, Cambridge, 1996

¹³ I. DESBARATS, De la normalisation en matière sociale, *PA*, 15/7/2003, p. 4.

¹⁴ L'aversion pour le risque ne concerne pas le social à proprement parler mais les intérêts financiers des entreprises en cause, voir J.P. MINGANSON, La RSE, concept et place dans l'agenda européen, *PA* n°41, 26/2/2004, F.G. TREBULLE, Stakeholders theory et droit des sociétés, *Bull. Joly sociétés*, 1/12/2006, p. 1337.

¹⁵ Le Myanmar, ex Birmanie a été condamné en 2000 par l'OIT pour violation de la convention n° 29 sur le travail forcé sans que cela ne change grand-chose à la situation sur le terrain alors qu'il s'agit dans la pratique de la première et seule condamnation d'un Etat membre depuis la création de l'organisation en 1919. Il s'agissait d'une affaire où l'armée birmane avait recruté de force des paysans birmans afin qu'ils construisent un gazoduc pour le compte de la firme Total Elf Fina aujourd'hui Total et d'une entreprise américaine Unocal. Sur la situation birmane et condamnant, notamment, le travail forcé et invitant à cesser toute collaboration industrielle avec les entreprises d'Etat de ce pays, V. résolution du Parlement européen, 12 mai 2005, n° P6_TA(2005)0186.

¹⁶ M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel : les forces imaginaires du droit*, Paris : Seuil, 2004 ; P. REIS, « Le rôle du droit du travail dans la lutte contre la pauvreté », colloque « Démocratie, société civile et lutte contre la pauvreté » 5 et 6 mai 2006 faculté de droit de Marrakech, à paraître.

peser sur ces entreprises une contrainte. La contrainte issue des consommateurs trouve sa source dans le marché des biens et services sur lequel opère l'entreprise alors que la contrainte issue des investisseurs trouve sa source dans les marchés financiers pour les entreprises cotées.

Pourtant ces instruments utilisés essentiellement au départ par les entreprises transnationales reposent sur la base du volontariat, la plupart des auteurs et des propres utilisateurs ayant tendance à faire référence à la notion d'engagements volontaires sans faire explicitement référence à ces contraintes de marché.

Or, il nous semble que si effectivement lors des premières adhésions aux normes de management, le volontariat était réellement de mise, il est aujourd'hui en voie de remise en cause. En effet, bien que les systèmes de normes tels que OHSAS 18001¹⁷ en matière de sécurité au travail ou Sa 8000¹⁸ en matière de règles sociales ou encore la norme ISO 26000¹⁹ en cours d'élaboration reposent toujours sur un engagement volontaire de l'entreprise intéressée, l'adhésion à ces normes devient parfois un impératif notamment pour certains sous-traitants ou fournisseurs. Cette contrainte trouve sa source dans la force obligatoire des contrats dans la mesure où les donneurs d'ordres imposent des clauses contractuelles faisant référence au respect des normes sociales²⁰. En cela ces normes deviennent une condition à respecter pour pouvoir continuer à accéder à un marché tout comme le sont déjà d'autres référentiels en matière, par exemple, de qualité dans le cadre des réseaux de sous-traitance. Ce phénomène de contrainte ne se limite plus aujourd'hui aux seules entreprises sous-traitantes ou fournisseurs des grands groupes transnationaux. Ces derniers doivent aussi au-delà des questions d'image de marque, commencer à tenir compte des contraintes issues de l'investissement socialement responsable²¹. Les fonds dits éthiques sélectionnent leurs investissements en fonction du respect d'un certain nombre de critères sociaux par les entreprises. Face à un investissement socialement responsable se développant rapidement

¹⁷ OHSAS est l'abréviation d'**O**ccupational **H**ealth and **S**afety **A**ssessment **S**eries, ce qui signifie Sécurité et Santé au Travail

¹⁸ Social Accountability 8000 élaboré par l'organisme privé américain SAI <http://www.sa-intl.org/>

¹⁹ Voir le dossier de l'AFNOR relatif à l'avancement des travaux sur la norme ISO 2600 relative à la responsabilité sociale des entreprises <http://www.afnor.org/developpementdurable/ISO-26000/iso-26000-accueil.html>

²⁰ Le groupe Nike utilise ces clauses pour contrôler ses sous-traitants, F.G TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt Nike c/ Kaski, *Rev. sociétés* 2004, p. 261.

²¹ N. CUZACQ, « Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable » in Mélanges J. Dupichot, 2004, p. 129 ; N. CUZACQ, Commentaire du code de transparence de l'AFG destiné aux fonds éthiques, *Gazette du Palais* 5/8/2006, n°217 p.3 ; M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211.

notamment aux USA²² et à la nécessité pour les entreprises cotées de trouver des sources de financement en répondant aux exigences financières ou autres des investisseurs, ces firmes doivent modifier leurs comportements sociaux.

Cette importance prise par ces normes démontre un « déplacement des sources du droit vers les pouvoirs privés économiques »²³ et s'inscrit dans une politique de déréglementation²⁴. Ces normes sociales d'origine privée peuvent à certaines conditions assumer un double rôle. Ce double rôle consisterait d'une part à assurer l'efficacité des sources publiques du droit social en tant que minima sociaux et d'autre part à améliorer les performances sociales au-delà de ces minima sociaux.

Ainsi, les normes sociales privées peuvent constituer simultanément d'une part, de nouvelles conditions d'accès à un marché imposée par des partenaires économiques sans pour autant constituer une entorse aux règles du commerce international (**Partie I**) et d'autre part, constituer un élément d'amélioration continue des performances sociales (**partie II**).

I) Les normes sociales privées, conditions d'accès au marché.

Les normes sociales privées peuvent jouer le rôle de conditions d'accès au marché dans le cadre du commerce international sans pour autant être considérées comme des outils protectionnistes mis en œuvre par les Etats (**A**). Le respect de ces normes sociales privées devient aussi en même temps une condition d'accès aux investissements socialement responsables, donc une condition d'accès spécifique à une partie substantielle du marché financier²⁵ (**B**).

A) les normes sociales privées, source d'efficacité des règles étatiques.

Les débats au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce sur l'insertion éventuelle d'une clause sociale ont illustrés les difficultés de prise en compte des règles sociales par le droit du commerce international²⁶. Le refus de prise en compte de ces règles par

²² Ces fonds éthiques représentent aux USA 13% des placements de la bourse américaine ; M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211.

²³ L. BOY, La valeur juridique de la normalisation in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 183.

²⁴ L. BOY, la valeur juridique de la normalisation, in *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, p. 183.

²⁵ M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211.

²⁶ M.A. MOREAU, « Normes sociales, droit du travail et mondialisation », Dalloz, collection A droit ouvert, 2006 ; G. FARJAT, « Point de vue. Droit social, droit économique, deux étrangers dans la mondialisation ? à propos de Marie-Ange Moreau, normes sociales, droit du travail et mondialisation : confrontations et mutations,

l'Organisation mondiale du Commerce s'appuie sur la crainte de certains de ces membres notamment les pays en voie de développement de voir apparaître ainsi de nouvelles barrières non tarifaires aux échanges permettant à certains Etats développés d'utiliser les règles sociales comme un outil de protectionnisme déguisé niant les avantages comparatifs des Etats les plus pauvres²⁷. Ce refus est motivé aussi par le fait que les règles de l'OMC ne s'intéressent qu'aux caractéristiques du produit et non pas aux processus de production auxquels sont rattachées les conditions sociales de production.

Cependant, en mettant en avant les conditions sociales de production des biens et services par le biais de l'adhésion à un système de management social tel que SA 8000, les entreprises contribuent à faire de ces conditions une des caractéristiques du produit offert au consommateur. Dès lors, « les normes sociales deviennent du point de vue des critères de choix des consommateurs équivalentes à des normes de qualité du produit »²⁸.

De plus, les normes sociales étant élaborées par des pouvoirs privés économiques ou par des organismes privés internationaux, elles ne peuvent être considérées comme des barrières non tarifaires mises en œuvre par les Etats sauf si ces derniers les imposent aux entreprises désireuses d'accéder au marché d'un Etat tenu par les règles de l'OMC.

C'est le cas, par exemple, du document américain SA 8000 élaboré par l'association américaine Social Accountability International précédemment connue sous le nom Council on Economic Priorities Accreditation Agency a été publié en 1998²⁹. Il s'agit selon cet organisme d'un « standard universel pour les entreprises qui cherchent à garantir les droits élémentaires des travailleurs ». Ce référentiel a été élaboré par des représentants des organisations syndicales, des organisations des droits de l'Homme (Amnesty international) et des droits de l'enfant, des enseignants, des représentants de fabricants, de distributeurs, ainsi que des experts-conseils, des experts-comptables, et des organismes de certification. Une fois la norme obtenue, elle est ouverte à la vérification par une tierce partie pour certifier les sites de

RIDE, 2007/1, p. 91 ; L. BOY, Le déficit démocratique de la mondialisation du droit économique et le rôle de la société civile, *RIDE* 2003/n°3-4, p. 471, chez les économistes, J. M. SIROEN, A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale, *Revue de l'IRES*, 1998, n°29, p. 165 ; J. BHAGWATI, « The Wind of Hundred Days, MIT Press, Cambridge 2000 » ; J. BHAGWATI et R. HUDEC, « Fair Trade and Harmonization. Prerequisites for free trade ? » MIT Press, Cambridge, 1996.

²⁷ 1^o conférence ministérielle de l'OMC à Singapour des 9-13 décembre 1996, voir aussi la position de la Chine, AIQING ZHENG, Le droit du travail en Chine, un droit « hors normes » dans le contexte de l'ouverture de la Chine et de l'OMC, *GP* 17/7/2004, p. 71 ; P. REIS, Commerce international, clause sociale et développement durable, in « *Le commerce international entre bi et multilatéralisme* » Colloque de la Sorbonne, Paris I 27 au 29/3/2008, publication en cours *RIDE*.

²⁸ J. M. SIROËN, A quoi sert l'OMC ? Le débat autour de la clause sociale, *Revue de l'IRES*, 1998, n°29, p. 165 et spéc. p.179.

²⁹ Elle est comparable à la norme AA 1000 qui elle est d'origine européenne, voir le site de SAI : <http://www.sai-intl.org/>.

production, à condition que l'organisme de contrôle soit agréé par SAI³⁰. Le contrôle exercé par la tierce partie est un contrôle surprise sur les sites qui s'avère plus efficace que les codes de bonne conduite pour lequel le contrôle par un tiers est souvent absent et lorsqu'il est présent ne comporte aucun élément relatif à des visites surprises. Le développement de cette norme pourrait « pallier l'absence d'autorités internationales capables de faire respecter les normes édictées par l'OIT »³¹.

En effet, la norme privée SA 8000 fait référence à 8 conventions de l'Organisation Internationale du Travail qui renvoient à quatre droits sociaux fondamentaux. L'OIT ayant ici un rôle fondamental en matière de définition des normes sociales internationales minimales qui peuvent servir ensuite de cadre à la responsabilité sociale des entreprises³². La déclaration de l'OIT du 18/6/1998 relative aux principes et droits fondamentaux au travail³³ a fixé les 4 droits fondamentaux qui sont inscrits dans 8 conventions de l'OIT constituant la clause dite sociale que certains Etats ont essayé d'imposer, sans succès, lors des négociations commerciales internationales.

Le premier droit fondamental affirmé dans la déclaration de 1998 concerne la liberté d'association et le droit à la négociation collective qui figurent dans les conventions n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et celle n°98 de 1949 sur le droit à l'organisation et à la négociation collective.

Le second droit fondamental repose sur l'abolition du travail forcé qui est visée par la convention n° 29 de 1930 sur la travail forcé et par la convention n° 105 de 1957 relative à l'abolition du travail forcé³⁴.

Le troisième droit fondamental se traduit quant à lui par l'interdiction du travail des enfants qui repose sur la convention n° 138 de 1973 sur l'âge minimum au travail et sur la convention n° 182 de 1999 sur les pires formes de travail des enfants

³⁰ Des sites de production de Carrefour ou de Reebok sont certifiés, <http://www.sa-intl.org/>.

³¹ S. MERCIER, Les chartes et codes éthiques. Quel contenu pour quelle utilité ? *Cah. jur. fisc. exp.* 2000, p. 298 et spéc. p. 308 ; I. DESBARATS, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112 ; I. DESBARATS, De la normalisation en matière sociale, *PA* 15/7/2003, p. 4.

³² Voir en ce sens Livre Vert de l'Union européenne, Commission des Communautés européennes, *Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, Bruxelles, juillet 2001 et la Communication de la commission européenne relative à la responsabilité sociale des entreprises : Une contribution des entreprises au développement durable, du 2/7/2002 *COM 2002*, 347 ; Communication de la Commission intitulée "Mise en œuvre du partenariat pour la croissance et l'emploi: faire de l'Europe un pôle d'excellence en matière de responsabilité sociale des entreprises" *COM(2006) 136*, *JOCE C 151* 29/6/2006.

³³ Déclaration dont l'importance a été réaffirmée par la nouvelle déclaration du 10 juin 2008 de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, voir sur le site de l'OIT : http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_099767.pdf

³⁴ Sur les difficultés chinoises d'application de ces conventions sur le travail forcé, AIQING ZHENG, Le droit du travail en Chine, un droit « hors normes » dans le contexte de l'ouverture de la Chine et de l'OMC, *GP* 17/7/2004, p. 71.

Enfin le quatrième et dernier droit fondamental se traduit par l'interdiction de la discrimination sur le lieu de travail qui repose sur la convention n° 100 de 1951 sur l'égalité des rémunérations et sur la convention n° 111 de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de travail.

La norme SA 8000 reprend les éléments de cette clause sociale en faisant explicitement référence à ces 8 conventions de l'OIT et en s'appuyant sur la déclaration universelle des droits de l'homme et la convention de l'ONU sur les droits des enfants. Elle constitue aujourd'hui la norme sociale privée la plus exigeante en imposant le respect de règles publiques pour que les sites de production soient certifiés³⁵.

L'obligation de respecter un certain nombre de règles internationales en droit du travail contribue à distinguer le référentiel SA 8000 des autres référentiels existants en matière sociale tels que l'OHSAS 18001 et la future norme ISO 26000. Ces deux derniers référentiels ne supposent pas effectivement en tant que conditions d'adhésion le respect de règles d'origine publiques, ils s'insèrent plutôt dans une logique d'amélioration continue des performances sociales basée sur un engagement de la direction de l'entreprise à respecter les règles étatiques.

Cependant "de tels instruments d'observation et d'évaluation sociale et environnementale présentent toutefois l'inconvénient de ne pas proposer un cadre commun de mesure des responsabilités organisationnelles qui garantirait une information rigoureuse et cohérente"³⁶.

L'on retrouve cette même critique bien plus accentuée lorsqu'il s'agit de codes de bonne conduite ou de chartes éthiques pour lesquelles le contrôle par une autorité extérieure est le plus souvent absent. La contrainte des investisseurs peut alors permettre d'assurer une effectivité à ces codes de bonnes conduite et autres chartes éthiques.

B) L'investissement socialement responsable : nouvelle contrainte ?

Le contrôle du respect des engagements volontaires peut être effectué par les marchés financiers.

³⁵ En ce sens elle est relativement proche du système EMAS, système de management et d'audit environnemental européen qui impose le respect des règles nationales et européennes en matière de protection de l'environnement ; règlement CEE n°1836/93 du 29/6/1993 établissant un système de management environnemental et d'audit *JOCE L168 du 10/7/1993, p. 1* modifié par le règlement n°761/2001 du 19/3/2001 permettant la participation volontaire des organisations à un système communautaire de management environnemental et d'audit, *JOCE L 114 du 24/4/2001, p.1*.

³⁶ S. MERCIER, Les chartes et codes éthiques. Quel contenu pour quelle utilité ? *Cah. jur. fisc. exp. 2000, p. 298 et spéc. p. 308* ; I. DESBARATS, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G) 26/2/2003, I, 112* ; I. DESBARATS, De la normalisation en matière sociale, *Petites Affiches 15/7/2003, p. 4*.

Certains fonds financiers, qui peuvent être ou non des fonds de pension³⁷, souhaitent prendre leurs décisions d'investissements en prenant en compte le comportement éthique et social des entreprises concernées, il s'agit de l'investissement socialement responsable ou socialement responsable³⁸.

L'ISR est un processus qui allie des aspects financiers traditionnels à des critères sociaux, éthiques et environnementaux en les intégrant de façon structurelle, volontaire et transparente dans la gestion des investissements et lors de l'utilisation et des droits qui y sont liés³⁹.

Ces investisseurs socialement responsables peuvent ainsi contraindre certaines entreprises cotées en bourse à adopter des comportements socialement responsables.

Pour cela il faut dans un premier temps imposer une transparence en matière d'information sociale et dans un second temps effectué des audits sociaux.

La mise en avant de la notion de développement durable qui rejoint le thème de l'éthique suppose donc une traçabilité des placements qui n'est possible qu'en présence d'une transparence sociale dont la traduction juridique serait une obligation d'information.

Le non respect d'une telle obligation d'information de la part de son débiteur serait susceptible de permettre aux créanciers de cette information que sont les actionnaires d'engager la responsabilité civile de la société, ce que certains fonds de pension prenant en compte des critères sociaux et environnementaux dans leurs décisions d'investissements tels que Calpers aux Etats-Unis n'hésitent pas à faire⁴⁰

En France, la loi du 15/5/2001 relative aux nouvelles régulations économiques⁴¹ en modifiant l'article L. 225-102-1 du code de commerce rend obligatoire pour toutes les sociétés cotées sur un marché réglementée la fourniture dans leur rapport annuel d'informations relatives aux conséquences sociales, territoriales et environnementales de leurs activités.

³⁷ C'est par exemple le cas du fonds de pension Calpers, N. CUZACQ, Commentaire du code de transparence de l'AFG destiné aux fonds éthiques, *Gazette du Palais* 5/8/2006, n°217 p.3 ; F.G. TREBULLE, Stakeholders theory et droit des sociétés, *Bull. Joly sociétés*, 1/12/2006, p. 1337 ; W. D. CRIST et J.-C. LE DUGOU, *Les fonds de pension*, Grasset, 2002, p. 145 ; J.P. VALUET, Fonds de pension américains : incidences de leur politique d'actionnariat sur les sociétés françaises. *Bull Joly Bourse* 1/1/1996, n°1, p.16.

³⁸ N. CUZACQ, « *Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable* » in Mélanges J. Dupichot, 2004, p. 129 ; N. CUZACQ, Commentaire du code de transparence de l'AFG destiné aux fonds éthiques, *Gazette du Palais* 5/8/2006, n°217 p.3 ; M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211

³⁹ N. CUZACQ, « *Aspects juridiques de l'investissement socialement responsable* » in Mélanges J. Dupichot, 2004, p. 129 ; N. CUZACQ, Commentaire du code de transparence de l'AFG destiné aux fonds éthiques, *Gazette du Palais* 5/8/2006, n°217 p.3 ; M. TELLER, les marchés financiers, régulateurs de la politique environnementale, *Bull Joly Bourse*, 1/5/2005, n°3, p. 211.

⁴⁰ P.H. CONAC, La responsabilité civile dans le cadre d'une action collective aux États-Unis au titre d'un manquement à l'obligation d'information, *Bull. Joly bourse* 1/5/2007, n°3, p. 358 ; A. X. BRIATTE, Exercice du droit de vote, activisme en assemblée générale, et cession temporaire des titres, *PA* 4/8/2006, p.4.

⁴¹ *JO* n°44 21/2/2002.

Le décret d'application de cette disposition de la loi NRE en date du 20 février 2002 indique quant à lui les données sociales et environnementales qui doivent figurer dans les rapports annuels des conseils d'administration ou des directoires des sociétés cotées. Les données sociales recouvrent ici les neuf catégories suivantes :

« 1. Des informations concernant les effectifs, leur ventilation par statut et l'ensemble des informations quant à d'éventuels plans de réduction d'effectif, de sauvegardes des emplois et des mesures d'accompagnement et de reclassement prévues dans les plans sociaux.

2. L'organisation du temps de travail.

3. Les rémunérations.

4. L'état des relations professionnelles et le bilan des accords collectifs.

5. L'hygiène et la sécurité.

6. La politique de formation.

7. Les mesures de l'entreprise vis-à-vis des personnes handicapées.

8. Les œuvres sociales.

9. La politique de sous-traitance ».

Une fois ces informations disponibles il faut pouvoir effectuer un contrôle de ces rapports environnementaux et sociaux des entreprises cotées afin qu'elles puissent faire l'objet de décisions d'investissements par les gestionnaires des fonds. Pour aider les gestionnaires de fonds à prendre ces décisions d'investissement, une analyse des rapports sociaux et environnementaux a été mise en place par des auditeurs externes notamment par des agences de notation sociale comme par exemple VIGEO⁴². La notation sociale et environnementale des firmes pourrait dans le secteur privé jouer à terme le même rôle que la pondération des critères d'attribution d'un marché public dans le cadre du choix de l'offre économiquement la plus avantageuse⁴³. Il s'agirait ici du choix de l'offre de valeurs mobilières économiquement la plus avantageuse intégrant aux traditionnels critères financiers des critères sociaux et environnementaux.

⁴² Voir le site internet de cette organisation <http://www.vigeo.com> Pour que les agences de notations puissent procéder à un rating, à une notation des entreprises cotées en bourse, la loi du 15/5/2001 ainsi que son décret d'application du 20/2/2002 ont donc dû imposer la publication aux entreprises cotées de rapports relatifs aux impacts sociaux et environnementaux de leurs activités.

⁴³ P. REIS, « Ordre concurrentiel et logiques sociale et environnementale dans la passation des marchés publics » in « *L'ordre concurrentiel* » Mélanges en l'honneur d'Antoine PIROVANO, Ed Frison-Roche, 2003, p. 145 à 166 ; P. REIS et M. DESCHAMPS, « Fonctionnement et dysfonctionnements du système d'enchère dans l'attribution des marchés publics : un éclairage sur la genèse de la réforme du code des marchés publics », in "*Le Management public en mutation*", sous la direction de J. SPINDLER et D. HURON, l'Harmattan, Paris, 2008 Chapitre 13.

Parmi les informations sociales visées par le décret du 20/2/2002, il convient de souligner l'importance de l'information relative à la politique de sous-traitance, la sélection des fournisseurs et sous-traitants n'étant plus simplement opéré notamment dans un cadre international sur un seul critère prépondérant : le prix mais pouvant se traduire par l'exigence d'une certification ISO ou autre. Or, ces sous traitants ne sont pas des entreprises cotées présents sur différents territoires peuvent *a priori* être difficilement contrôlables. Leurs donneurs d'ordres, des entreprises multinationales le plus souvent cotées en bourse en étant contraintes de fournir des informations sur leurs propres sous-traitants. Par la même occasion, en imposant l'adhésion à un système de normalisation les donneurs d'ordres réduisent ainsi les risques d'atteinte à l'image de marque de leur entreprise ou de leurs produits en raison des pratiques antisociales de leurs sous traitants⁴⁴.

Cependant, l'information, son évaluation et le contrôle de la réalité de cette dernière ne suffisent pas même si elles répondent effectivement pour partie au critère de la transparence. Encore faut-il que les audits sociaux effectués sur les lieux de production donnent lieu eux aussi à l'intervention de tiers extérieurs et à une publication effective afin que la normalisation sociale privée puisse réellement constituer un élément d'amélioration continue des performances sociales de l'entreprise.

II) La normalisation sociale privée, élément d'amélioration continue des performances sociales.

Les normes sociales privées sont présentées comme un élément d'amélioration continue des performances sociales. Cependant cette élément d'amélioration est définie de manière relativement large, il peut s'agir du respect de la législation applicable ce qui revient souvent à reconnaître implicitement qu'elle n'était pas respectée jusque là. Il peut aussi s'agir de manière plus large d'une amélioration dans le temps des pratiques sociales ce qui ne signifie pas forcément ici que les règles minimales d'origine publiques soient forcément respectées. Ces éléments posent le problème du contrôle du respect des performances sociales décrites dans les documents produits par les entreprises (A) et des moyens pouvant être utilisés pour assurer l'effectivité des engagements volontaires pris par ces entreprises notamment dans les codes de bonne conduite et dans les chartes éthiques (B).

⁴⁴ Voir l'affaire Nike, F. G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt Nike c/ Kaski, *Rev. sociétés* 2004, p. 261 ; F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308.

A) Les déficiences du contrôle du respect des performances sociales.

Les référentiels ISO26000 et OHSAS 18001 s'inscrivent ainsi que les codes de bonne conduite et les chartes éthiques, dans une logique d'amélioration continue de la performance sociale des entreprises.

Cependant, il convient de procéder au sein des normes sociales privées à une première distinction entre d'une part les codes de bonne conduite et les chartes éthiques et d'autre part les normes élaborés par des organismes privés, dans la mesure où le producteur de la norme n'est pas le même. S'il s'agit bien dans les deux cas de procédures volontaires, il convient tout de même de remarquer que l'élaboration de codes de bonne conduite relève la présence de normes élaborées à l'initiative de l'entreprise elle-même en matière de bonnes pratiques de gestion sociale, environnementale et de transparence de l'information. Il s'agit ici réellement d'une forme d'autorégulation qui n'est pas le plus souvent assortie d'un contrôle ou d'un audit effectué par un tiers dit certificateur. A l'inverse, l'élaboration de référentiels normatifs tels que OHSAS 18001 ou Sa 8000 est le fait d'une autorité extérieure⁴⁵ et donne le plus souvent lieu à un audit dit social par un tiers certificateur. Le contrôle de ce tiers permet d'assurer une certaine effectivité à l'amélioration continue recherchée dans l'adhésion à un système de management social.

La question du contrôle du respect des engagements volontaires des entreprises se pose surtout en matière de codes de bonne conduite et de chartes éthiques qui incarnent un droit mou ou souple⁴⁶.

Cette question a été renouvelée par deux affaires célèbres concernant des entreprises transnationales.

Tout d'abord, l'entreprise multinationale Nike avait lancé en 1998 une campagne de relations publiques où il vantait les conditions de travail auprès de ses sous-traitants alors que ces conditions de travail étaient dans la réalité loin de correspondre aux annonces. Cette information sur la politique sociale de l'entreprise a été assimilée par la cour suprême de Californie à de la publicité mensongère⁴⁷. La cour suprême des Etats-Unis s'étant déclarée incompétente et ayant renvoyé l'affaire devant les juridictions californiennes, le groupe Nike a préféré signer une transaction le 12/9/2003 avec le plaignant qui a obtenu ainsi pour une association, « fair labor association », la somme de 1.5 million de dollars. L'intérêt de cette

⁴⁵ I. DESBARATS, De la normalisation en matière sociale, *Petites Affiches* 15/7/2003, p. 4.

⁴⁶ C. THIBIERGE, Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit, *R.T.D. civ.* 2003, p. 600 et s.

⁴⁷ F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E) n°8*, 23/2/2006, 1308 ; F. G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt Nike c/ Kaski, *Rev. sociétés* 2004, p. 261.

affaire est démontré par l'utilisation du droit de la consommation et plus particulièrement de la notion de publicité mensongère afin *in fine* d'obtenir le respect d'un code de bonne conduite et d'engagements éthiques devant conduire aux contrôles des pratiques sociales des sous-traitants. Les normes sociales imposées par les consommateurs et les investisseurs à cette entreprise conduisent ainsi cette dernière à imposer par le biais du contrat ces mêmes normes à ses propres sous-traitants et à faire procéder à un contrôle externe du respect de ces normes. L'obligation de transparence envers les actionnaires et les consommateurs a ici conduit ce groupe à dévoiler le nom de l'ensemble de ces sous-traitants.

Un autre exemple est fourni par l'entreprise transnational Total Elf Fina, aujourd'hui Total, qui avait élaboré un code de bonne conduite dans lequel elle s'engageait à respecter un certain nombre de droits sociaux. Elle fut néanmoins impliquée dans une affaire retentissante en Birmanie. Il s'agissait d'une affaire où l'armée birmane avait recruté de force des paysans birmans afin qu'ils construisent un gazoduc pour le compte de la firme Total Elf Fina⁴⁸ et d'une entreprise américaine Unocal. L'organisation internationale du travail se saisit de cette affaire et prononça en 2000 la première et seule sanction à ce jour pour la violation d'une convention de l'OIT par un Etat signataire. La Birmanie fut ainsi condamnée pour violation de la convention n° 29 sur le travail forcé. Cette affaire de travail forcé en Birmanie impliquant une entreprise française a connu un prolongement devant les juridictions nationales lorsque le procureur de la République de Nanterre dans ses réquisitions du 17 mai 2004 à l'encontre de Total a retenu la plainte pour séquestration présentée par des travailleurs birmans réfugiés⁴⁹. Là aussi comme dans l'affaire Nike il convient de remarquer le recours à une qualification juridique relevant d'une autre branche du droit que le droit du travail, en l'occurrence ici le droit pénal. Dans cette affaire, le groupe Total a préféré signer une transaction amiable le 29/11/2005 avec ses accusateurs birmans plutôt que d'aller au contentieux en raison des risques d'atteinte à l'image de marque dû aux conséquences d'un tel procès⁵⁰. Cette transaction prévoit d'une part, l'indemnisation des huit travailleurs birmans

⁴⁸ Sur la situation birmane et condamnant, notamment, le travail forcé et invitant à cesser toute collaboration industrielle avec les entreprises d'Etat de ce pays, V. résolution du Parlement européen du 12 mai 2005, n° P6_TA(2005)0186

⁴⁹ F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308.

⁵⁰ Les Echos 30 novembre 2005, F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308. En cela le groupe Total a procédé de la même manière que l'autre groupe pétrolier impliqué dans la construction du gazoduc l'américain Unocal qui très vite a préféré la voie transactionnelle, V. A.J. SEBOK, Unocal Announces It Will Settle A Human Rights Suit : What Is the Real Story Behind Its Decision ?, janv. 2005, <http://writ.news.findlaw.com/sebok/20050110.html>, V. P. ABADIE, A new story of David and Goliath : The ATCA gives victims of environmental injustice in the developing world a viable claim against multinational corporations : *Environmental Law Journal*, Golden Gate univ. law rev., vol.34, n° 3 2004, p. 745.

plaignants et surtout d'autre part, la création d'un fonds d'indemnisation dit de solidarité de 5,2 millions d'euros destiné à venir en aide aux autres travailleurs birmans qui n'étant pas réfugiés en France n'ont jamais eu la possibilité de contester ces pratiques de travail forcé notamment devant leurs propres juridictions nationales.

Cette affaire démontre tout d'abord que les pratiques réelles d'une entreprise peuvent donc être en contradiction flagrante avec ses engagements sociaux contenues dans un code de bonne conduite. Ceci justifie les nombreuses critiques et craintes de la doctrine face au développement de ces codes et chartes éthiques qui dans la plupart des cas ne font pas l'objet d'un contrôle par une tierce partie telle qu'un organisme certificateur⁵¹. Il convient donc de tenter de déterminer des pistes de réflexion propres à assurer une effectivité à certains codes de bonne conduite et chartes éthiques.

B) Vers une effectivité de certains codes de bonne conduite et chartes éthiques.

La réflexion sur la valeur juridique des codes de bonne conduite a déjà été initiée par certains auteurs essentiellement en matière environnementale⁵². Lorsque ces instruments concernent les relations de travail, ils peuvent présenter « un degré de juridicité variable voire ne pas pouvoir être assimilés à des règles de droit »⁵³. Le contenu de chaque charte ou code de conduite est spécifique et très variable, seule une analyse au cas par cas de ce contenu permet « d'identifier et traiter la juridicité de règles émises par l'entreprise »⁵⁴. Le contenu peut, en effet, aller de la simple déclaration jusqu'à une réglementation assez précise des comportements y compris ceux des propres salariés de l'entreprise et au sein d'un même texte peuvent cohabiter des dispositions de nature juridique différente⁵⁵.

⁵¹ J.-B. RACINE, La valeur des codes de bonne conduite privés dans le domaine de l'environnement, *RJE* 4/1996, p. 409 et s..

⁵² J.-B. RACINE, La valeur des codes de bonne conduite privés dans le domaine de l'environnement, *RJE* 4/1996, p. 409 et s. ; F.-G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises, entreprise et éthique environnementale, *Encyclopédie Dalloz*, mars 2003 ; G. FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée » in G. J. MARTIN et J. CLAM, *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ 1998, spéc. p.151 et s. ; M. DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel : les forces imaginaires du droit*, Paris : Seuil, 2004.

⁵³ F. HEAS, Les normes de convenance dans le cadre des relations de travail, *JCP ed(S)*, n°29, 17/7/2007, 1563.

⁵⁴ P.H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français, état des lieux et perspectives, *JCP ed (S)* n°11 13/3/2007, act. 125.

⁵⁵ Voir notamment le cas des dispositifs d'alerte professionnelle que l'on retrouve dans certains codes de conduite ou chartes éthiques, Commentaire de la Circulaire de la DGT, Chartes éthiques, codes de conduite, dispositifs d'alerte professionnelle et contrôle administratif, Circ. DGT, n°2008/22 du 19/11/2008, *JCP ed(S)* n°50, 9/12/2008, act. 629 ; A. TEISSIER, Codes de conduite, conditions de validité, commentaire TGI Nanterre, 19/10/2007, Fédération des travailleurs de la métallurgie CGT c/ Société Dassault Systèmes, *JCP Ed (S)*, n°5 29/1/2008, 1071 ; F. HEAS, Les normes de convenance dans le cadre des relations de travail, *JCP ed(S)*, n°29,

En fonction de leurs contenus, les engagements sociaux des entreprises par le biais des codes de bonne conduite et des chartes éthiques pourraient être considérés, non pas simplement comme des déclarations mais surtout comme étant des engagements unilatéraux de l'employeur⁵⁶ ce qui n'irait pas sans créer des risques juridiques pour des entreprises qui ne s'y attendaient pas⁵⁷.

Pour être considérés comme des engagements unilatéraux, il serait, dans un premier temps, possible de s'appuyer en droit interne sur un arrêt important de la 2^e chambre civile de la cour de cassation en date du 10/6/2004⁵⁸. Dans cet arrêt la cour de cassation s'est prononcée sur la déclaration par laquelle un journal informe ses lecteurs d'engagements formalisés par une charte éthique ou de bonne conduite. Ces engagements n'ayant pas été respectés par le journal, l'arrêt sanctionne « l'inexécution d'un engagement alors que celui-ci n'a pas été accepté par son bénéficiaire et n'a pas même vocation à s'inscrire dans un contrat à conclure avec lui »⁵⁹. Cet arrêt viendrait « discrètement souligner l'existence en droit positif de l'engagement unilatéral »⁶⁰. La charte de bonne conduite de l'éditeur a ainsi été considérée comme un engagement unilatéral dont le non respect permet d'engager une action en responsabilité civile délictuelle contre ce même éditeur.

Dans un second temps en s'appuyant sur l'arrêt du 25 novembre 2003 de la chambre sociale de la cour de cassation⁶¹. La cour de cassation a ici approuvé « l'analyse selon laquelle un projet présenté dans le cadre d'une restructuration d'entreprise aux comités centraux d'entreprise peut être suffisamment précis pour constituer un engagement unilatéral de l'employeur de ne pas procéder à davantage de licenciements, et a admis la recevabilité des salariés licenciés à demander réparation du préjudice causé par l'inobservation par l'employeur de son engagement »⁶².

Comme le souligne notamment le Professeur Trebulle, « ces engagements unilatéraux peuvent non seulement porter sur la politique d'emploi d'une société mais, plus généralement, sont

17/7/2007, 1563 ; P.H. ANTONMATTEI et Ph. VIVIEN, chartes éthiques, alerte professionnelle et droit du travail français, état des lieux et perspectives, *JCP ed (S)* n°11 13/3/2007, act. 125.

⁵⁶ I. DESBARATS, Codes de bonne conduite et chartes éthiques des entreprises privées, regard sur une pratique en expansion, *JCP ed(G)* 26/2/2003, I, 112.

⁵⁷ J-Y TROCHON, Les nouveaux risques de l'entreprise face à la mondialisation, approche juridique, *RDAI*, 2003, n° 8, pp. 854.

⁵⁸ Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Bull. civ. 2004, II*, n° 294 ; note PH. STOFFEL-MUNCK, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*; obs. J. MESTRE ET B. FAGES, *RTD civ. 2004*, p. 728 ; note F. LABARTHE, *JCP G 2004, I*, 114 ; F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308.

⁵⁹ Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*.

⁶⁰ Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. 2e civ., 10/6/2004, *Comm. com. électr. 2004, comm. 117*.

⁶¹ Cass. soc., 25/11/2003, *Bull. civ. 2003, V*, n° 294 ; G. VINEY, obs. sous Cass. Soc. 25/11/2003 *JCP G 2004, I*, 163, n° 6; *JCP G 2004, IV*, 1170

⁶² F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E)* n°8, 23/2/2006, 1308.

susceptibles de créer des obligations en matière sociale et environnementale » à condition que « le manquement puisse être sanctionné et qu'il en résulte un dommage ». Ces engagements unilatéraux peuvent aussi prendre la forme de recommandations patronales notamment lorsque les codes de bonne conduite en matière sociale sont mis en avant par des fédérations professionnelles⁶³. Les recommandations patronales trouvent leurs origines dans l'impossibilité dans certaines situations pour les organisations d'employeurs d'aboutir à la conclusion d'un accord avec les organisations syndicales représentatives de salariés alors pourtant que certains résultats ont été obtenus. L'absence de résultats lors des négociations collectives conduit parfois les organisations patronales, parties à la négociation, à procéder par voie de recommandations afin que leurs membres appliquent les dernières propositions formulées par ces organisations lors des négociations. Pour être considérés comme des recommandations patronales au sens du droit du travail français, la jurisprudence va rechercher les conditions dans lesquelles la recommandation a été faite c'est-à-dire en se demandant d'une part si le groupement d'employeurs avait le pouvoir de prendre cette décision et d'autre part en vérifiant si l'organisation a entendu lui donner une valeur contraignante⁶⁴. Cette dernière condition risque dans la pratique de ne pas correspondre à la valeur juridique qu'ont entendu donner la plupart des entreprises ou fédérations professionnelles aux « engagements » contenus dans leurs codes de bonne conduite ou dans leurs chartes éthiques. Le recours à l'engagement unilatéral afin d'assurer une effectivité aux codes de bonne conduite ne peut être alors qu'une solution partielle au même titre que le recours proposé par certains⁶⁵ et utilisé avec succès aux USA dans l'affaire Nike du recours au droit de la consommation et notamment de la notion de publicité trompeuse⁶⁶.

⁶³ "Clean Clothes Campaign » dite aussi campagne vêtements propres, une initiative européenne lancée en 1998, voir P. F. SMETS, *Gestion responsable, développement durable : Ethiques ou étiquettes pour notre avenir ?* Ed Bruylant 2003.

⁶⁴ Soc. 29/6/1999, *RJS sept/oct 1999*, p. 800.

⁶⁵ A. SOBCZAC, Le cadre juridique de la responsabilité sociale des entreprises en Europe et aux USA, *D. soc.* 2002, p. 806 et spéc. p. 811 pour qui les codes de bonne conduite et les chartes éthiques pourraient relever de la définition communautaire de la publicité trompeuse en se référant au « *mode de production* ».

⁶⁶ Le droit français connaît la même prohibition aux articles L121-1 et suivants du code de la consommation, F. G. TREBULLE, entreprise et développement durable, *JCP ed (E) n°8*, 23/2/2006, 1308 ; F. G. TREBULLE, Responsabilité sociale des entreprises et liberté d'expression, considérations à partir de l'arrêt Nike c/ Kaski, *Rev. sociétés* 2004, p. 261.